

Hybride Investitionsgerichtsbarkeit zwischen Rechtsstaaten

 verfassungsblog.de/hybride-investitionsgerichtsbarkeit-zwischen-rechtsstaaten/

Henner Gött Fr 20 Mrz 2015

Fr 20 Mrz
2015

In der Debatte um die Verankerung von Investitionsschutzvorschriften und Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen (ISDS) im geplanten Freihandelsabkommen der EU mit den USA (TTIP) hat Bundeswirtschaftsminister Gabriel die [Errichtung eines TTIP-Gerichtshofes](#) ins Spiel gebracht. Dieser soll als ein vollfunktionales öffentliches Gericht die bisherigen Investitionsschiedsverfahren ablösen, denen vielfach rechtsstaatliche Mängel attestiert werden. [Till Holterhus](#) hat unlängst die möglichen Vorzüge und Strukturelemente eines TTIP-Gerichtshofs vorgestellt und dabei zugleich auf die zu erwartenden politischen und juristischen Schwierigkeiten hingewiesen.

Die Liste möglicher Optionen, um die widerstreitenden Interessen an ISDS an größtmöglicher staatlicher Autonomie zusammenzubringen, muss sich freilich nicht in der Wahl zwischen hergebrachten Schiedsverfahren und einem TTIP-Gerichtshof erschöpfen. Ich möchte hier daher zur Ergänzung der Debatte versuchen, Grundzüge einer weiteren denkbaren Variante für den Investitionsschutz unter Rechtsstaaten zu skizzieren: Eine hybride Investitionsgerichtsbarkeit. Die hier gebrauchte Bezeichnung „hybrid“ bezieht sich dabei auf die Kombination völkerrechtlicher und nationalrechtlicher Elemente: Investitionsschutz würde im Grundsatz in nationalen Gerichtsverfahren stattfinden, die aber im Interesse eines einheitlichen und gewisse Mindeststandards schützenden Investitionsschutzes an geeigneten Stellen durch völkerrechtliche Regelungen modifiziert werden.

Ich möchte den Fokus auf die theoretische Konzeption legen. Die – berechtigte, aber davon unabhängige – Frage nach der politischen „Gewolltheit“ und Realisierbarkeit soll hier offenbleiben.

Grundgedanke

Als Ausgangspunkt dienen zwei Überlegungen: Einerseits erhöht ein einheitliches Investitionsschutzrecht mit internationalem ISDS-Mechanismus die Rechtssicherheit für ausländische Investoren und kann so Anreize für Investitionen verstärken. Andererseits handelt es sich bei den TTIP-Staaten – wie z.B. [von Bernstorff](#) betont – um Rechtsstaaten, d.h. es kann zumindest angenommen werden, dass nationale Gerichtsverfahren gewissen rechtsstaatlichen Mindeststandards genügen (Ausnahmen mögen hier die Regel bestätigen). Gerade dieser zweite Aspekt erhöht im Kontext von TTIP die Rechtfertigungsschwelle für internationale Investitionsschutzverfahren, die ursprünglich Rechtsstaatsdefizite innerstaatlicher Verfahren im Gaststaat auffangen sollten (dazu [Feichtner](#) und [Stoll](#)).

Die hybride Investitionsgerichtsbarkeit setzt an dieser zugunsten der TTIP-Staaten formulierten „Rechtsstaatsprämisse“ an: Im Sinne einer „investitionsschutzrechtlichen Subsidiarität“ weist sie Investitionsstreitigkeiten im Grundsatz staatlichen Gerichten zu. Völkerrechtliche Investitionsschutzregeln modifizieren deren Organisation und Verfahren nur punktuell, um die mit der bisherigen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit einhergehenden Vorteile zu erhalten. Sämtliche dieser Modifikationen, die sogleich näher vorgestellt werden sollen, wären als völkerrechtlich verbindliche Vorgaben in einem Investitionsschutzkapitel im TTIP zu vereinbaren. Eine hybride Investitionsgerichtsbarkeit beließe so mehr Möglichkeiten für die Vertragsstaaten, innerhalb eines transatlantischen rechtsstaatlichen Grundkonsenses ihre jeweiligen Vorstellungen konkreter Verfahrensgestaltung umzusetzen. Wenn man einen TTIP-Gerichtshof als „ISDS-Vollharmonisierung“ ansieht, wäre die hybride Lösung demgegenüber also eine „Grundharmonisierung“ mit „gegenseitiger Anerkennung“ verschiedener, aber rechtsstaatlich äquivalenter Regelungen im Übrigen.

Staatliche Gerichte mit hybriden Spruchkörpern

Wie könnte eine hybride Investitionsgerichtsbarkeit aussehen?

Gemäß dem Gedanken einer „investitionsschutzrechtlichen Subsidiarität“ wäre der Investitionsschutz im Ausgangspunkt zunächst Sache innerstaatlicher Gerichte. Einer der vielbenannten Vorteile von ISDS, den es hier zu integrieren gilt, ist der fachliche Spezialisierungsgrad von Schiedsgerichten, die in aller Regel mit Investitionsschutzexperten besetzt sind. Erforderliche Spezialisierungsgrade werden in verschiedener Weise, insbesondere durch spezielle Spruchkörper mit z.T. speziellen Spruchkörperbesetzungen, auch innerhalb nationaler Gerichtsverfassungen abgebildet. Im deutschen Recht ist hier z.B. an spezielle [Vergabesenate](#), das [Bundespatentgericht](#) oder Kammern für [Handels](#)– oder [Baulandsachen](#) zu denken. Entsprechend könnten Kammern für Investitionssachen als spezialisierte Spruchkörper innerstaatlicher Gerichte eingerichtet werden, ggf. mit einer landesweit gebündelten Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts.

Die Unparteilichkeit der Schiedsrichter in Investitionsschiedsverfahren könnte durch eine hybride Kammerbesetzung aufgefangen werden: In Betracht kommen „gemischte Kammern“, die teils mit staatlichen Berufsrichtern, teils mit Investitionsrichtern zu besetzen wären (man denke zur Inspiration etwa an die deutschen Kammern für Handelssachen, [besetzt](#) mit einem Berufsrichter sowie zwei ehrenamtlichen sog. Handelsrichtern, die [kaufmännische Expertise](#) haben). Die Investitionsrichter wären nach einschlägigen Qualifikationen auszuwählen. Sie könnten z.B. über ein im TTIP vereinbartes Listenverfahren (nach dem Vorbild der von bestehenden Institutionen vorgehaltenen Schiedsrichterlisten) den Investitionsschutzkammern zugewiesen werden, allerdings nicht ad hoc, sondern für eine feste Amtszeit und ausschließlich durch die Vertragsstaaten. Durch die gemischte Besetzung wäre gleichzeitig investitionsschutzrechtliche und nationalrechtliche Expertise im Spruchkörper vertreten. Zur weiteren Förderung von Unparteilichkeit könnte man als Investitionsrichter nur Personen zulassen, die nicht dem Staat angehören, in dessen Investitionsschutzkammer sie eingesetzt werden. Ebenfalls in Betracht kämen Inkompatibilitätsvorschriften zur Vermeidung von Interessenkonflikten, z.B. mit anwaltlicher Tätigkeit. Die Frage nach der personellen Legitimation der Entscheidenden würde sich bei den nach nationalem Recht bestellten Berufsrichtern nicht stellen, bei den Investitionsrichtern wäre sie aufgrund deren Ernennung durch die Vertragsstaaten jedenfalls deutlich entschärft.

Das Verfahren vor den Investitionsschutzkammern würde im Grundsatz dem nationalen Prozessrecht folgen, welches – so die Prämisse – rechtstaatlichen Anforderungen insgesamt genügt. Neben investitionsverfahrensrechtlichen Spezifika (z.B. Regelungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen oder zur Verhandlungssprache) wäre eine absichernde Verankerung prozessualer Mindeststandards im TTIP-Investitionskapitel denkbar. Andere Regelungen, etwa zur Öffentlichkeit oder zur Beiladung betroffener Dritter, könnten demgegenüber dem nationalen Recht überlassen und so nach den jeweiligen Vorstellungen und verfassungsrechtlichen Vorgaben ausgestaltet werden.

Die Urteile der Kammern wären Urteile eines innerstaatlichen Gerichts. Die TTIP-Parteien könnten im TTIP die internationale Vollstreckbarkeit solcher Urteile nach Maßgabe der [New York Convention](#) anerkennen und bei Vollstreckungen in Drittstaaten auf weitergehende Einwendungen vorab verzichten. Statthaftigkeit und Voraussetzungen von Rechtsbehelfen würden sich wiederum im Grundsatz nach nationalem Recht richten. Auch hier könnte im TTIP ein Mindeststandard vorgesehen werden, z.B. die generelle Verfügbarkeit mindestens einer Rechtsmittelinstanz in Gestalt eines speziellen Investitionsspruchkörpers beim nächsthöheren Gericht.

Das anwendbare materielle Recht wäre, wie bei Investitionsschiedsgerichten auch, ausschließlich die im TTIP niedergelegten völkerrechtlichen Investitionsschutzregeln. Dass nationale Gerichte einen Streit ausschließlich nach Völkerrecht entscheiden sollen, mag zunächst verwundern, zumal es die Frage nach systemischen Konflikten und Brüchen mit dem innerstaatlichen Prozessrecht aufwirft. Dennoch findet sich auch hierfür ein strukturell nicht unähnlicher Bezugsfall, nämlich die durch IPR vermittelte Anwendung ausländischen Rechts durch innerstaatliche Gerichte bei gleichzeitiger Anwendung innerstaatlichen Prozessrechts. Auch das im TTIP zu verankernde materielle Investitionsschutzrecht könnte sich auf Mindeststandards beschränken und so Freiräume für nationale Besonderheiten lassen. Eine Verpflichtung zur Berücksichtigung grundlegender Verfassungsprinzipien des Gaststaates wäre hier nur eine von vielen denkbaren Ausgestaltungen.

TTIP-Vorlageinstanz

Die Anwendung des TTIP-Investitionsschutzrechts durch nationale Gerichte birgt die Gefahr der uneinheitlichen Rechtsanwendung. Deshalb würde auch ein hybrides Investitionsschutzsystem auf eine transatlantische TTIP-Instanz zurückgreifen. Diese wäre jedoch kein vollfunktionaler TTIP-Gerichtshof, sondern eine reine Vorlageinstanz, die auf Vorlage nationaler Investitionsschutzkammern einzig über die Auslegung des TTIP-Investitionsschutzkapitels zu befinden hätte. Auch hier griffe der Subsidiaritätsgedanke: Die Vorlageinstanz entschiede nur über die vorgelegte abstrakte Rechtsfrage. Die Anwendung auf den Einzelfall, einschließlich aller Tatsachenfeststellungen und aller Abwägungsentscheidungen, verbliebe bei den vorlegenden Gerichten. Damit müsste sich kein Staat hinsichtlich eines konkreten Rechtsstreits einer abschließend entscheidenden internationalen Instanz unterwerfen. Dies könnte manchem politischen Bedenkensträger ebenso entgegenkommen wie der Umstand, dass die abstrakt antwortende TTIP-Vorlageinstanz weder im Tenor noch in den Entscheidungsgründen eine konkrete nationale Maßnahme als TTIP-widrig bezeichnen müsste.

Für die Besetzung der Vorlageinstanz sind mehrere Varianten denkbar: Zum einen könnte sie mit hauptamtlichen TTIP-Richtern besetzt sein. Zum anderen wäre aber auch ein Modell „Gemeinsamer Senat der nationalen Investitionsspruchkörper“ denkbar, in dem einzelne Mitglieder nationaler Spruchkörper unter dem Vorsitz eines (ggf. hauptamtlichen) Vorsitzenden entscheiden. Strenggenommen müsste die TTIP-Vorlageinstanz noch nicht einmal als Gericht ausgestaltet sein, sondern könnte auch eine politische Instanz sein, die verbindliche Auslegungen des TTIP beschließt (Vorbild: [NAFTA](#), dazu u.a. [Kaufmann-Kohler](#)).

Um zu verhindern, dass Investoren die Investitionsschutzkammern mehrerer TTIP-Staaten gegeneinander ausspielen (*forum shopping*), müsste das TTIP Regeln für die örtliche Zuständigkeit festlegen. So könnten die Investitionsschutzkammer(n) jeweils für Klagen gegen Maßnahmen „ihres“ Staates zuständig sein.

Chancen und Grenzen einer hybriden Gerichtsbarkeit

Die potenziellen Vorteile einer hybriden Investitionsgerichtsbarkeit sind bereits angeklungen: Die Regelungen im TTIP beschränkten sich auf Grundentscheidungen und die Regelung einzelner Spezifika, im Übrigen erhielte jede TTIP-Vertragspartei einen Spielraum zur Ausgestaltung des Rechtsschutzes nach eigenen Vorstellungen und verfassungsrechtlichen Vorgaben. Investitionsschutzstreitigkeiten würden „vor Ort“ (also vor „eigenen“ – staatlichen – Gerichten) und grundsätzlich nach dort bekannten und erprobten Verfahren entschieden. Gleichzeitig würden einige Vorteile der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit – Spezialisierung und Unparteilichkeit der Richter, Rechtssicherheit durch ein einheitliches materielles Investitionsschutzrecht und gemeinsame Verfahrensgrundsätze – beibehalten.

Die Grundentscheidung für hybride Gerichtsbarkeit bedarf freilich politischen Mutes: Die wenigen bereits geschaffenen Gerichte, die in der ein oder anderen Weise als hybrid bezeichnet werden können (vgl. z.B. das [Iran-US Claims Tribunal](#) oder der [Sonderstrafkammern für Kambodscha](#)) haben Seltenheitswert und behandeln zudem oft gänzlich verschiedene Rechtsmaterien, sodass es an Erfahrungswerten mangeln dürfte.

Auch kann die hier bloß skizzierte hybride Investitionsgerichtsbarkeit natürlich nicht alle Probleme lösen, die ein TTIP-Gerichtshof aufwirft: So lässt sich die von [Holterhus](#) angesprochene Diskriminierungsproblematik wohl nur vermeiden, wenn entweder tragfähige Rechtfertigungen für Ungleichbehandlungen formuliert werden oder inländische und ausländische Investoren die Wahl erhalten, ihre Klage vor einer Investitionsschutzkammer oder vor einem „normalen“ innerstaatlichen Spruchkörper zu erheben. Wegen einer solchen Wahlmöglichkeit bestünde die Möglichkeit divergierender Rechtsprechungslinien zum nationalen Recht und zum TTIP-Investitionsschutzrecht. Immerhin: Im hybriden System bestünde eine gewisse Chance, dass vom TTIP-Investitionsschutzrecht divergierende nationale Rechtsprechungslinien über die Berufsrichter oder über innerstaatlich vorgesehene Drittbeteiligungsmöglichkeiten frühzeitig ins Investitionsschutzverfahren eingebracht und bei der dortigen Entscheidungsfindung berücksichtigt werden können.

Könnte ein hybrides TTIP-ISDS auch Vorbildwirkung für künftige Abkommen haben? Dies dürfte maßgeblich von dessen konkreter Ausgestaltung und vom jeweiligen Vertragspartner abhängen. Die „Rechtsstaatsprämissen“ und der Subsidiaritätsgedanke können kaum unterschiedslos auf alle Staaten der Erde angewendet werden. Immerhin könnte die angesprochene Aufnahme von Mindeststandards eine „Rechtsstaatlichkeits-Grundharmonisierung“ auch gegenüber zukünftigen Verhandlungspartnern absichern helfen. Darüber hinaus

wäre im Einzelfall politisch zu entscheiden, welchen Vertragspartnern die im hybriden System angelegten Freiräume in welchem Umfang zugestanden werden sollen.

Die Realisierbarkeit alternativer ISDS-Mechanismen ist letztlich immer prognoseabhängig – ihrer Diskussion sollte dies aber nicht im Wege stehen.

LICENSED UNDER CC BY NC ND

SUGGESTED CITATION Gött, Henner: *Hybride Investitionsgerichtsbarkeit zwischen Rechtsstaaten*, *VerfBlog*, 2015/3/20, <http://verfassungsblog.de/hybride-investitionsgerichtsbarkeit-zwischen-rechtsstaaten/>.